

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen

Thunis, Xavier; Meysmans, E.

Published in:
DA OR

Publication date:
1992

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X & Meysmans, E 1992, 'La réglementation des cartes de crédit en droit belge et en droit européen', *DA OR*, Numéro 232, p. 63-83.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA RÉGLEMENTATION DES CARTES DE CRÉDIT EN DROIT BELGE ET EN DROIT EUROPÉEN

Edwin MEYSMANS

Xavier THUNIS

INTRODUCTION

1. Le foisonnement des moyens de paiement est sans aucun doute une des caractéristiques marquantes de ce qu'on pourrait appeler le marché "monétaire". Aux procédés classiques de règlement billets, chèques, se sont ajoutés une multitude d'instruments permettant aux agents de régler leurs dettes de façon plus ou moins différée.

Pour le grand public, toutes ces innovations financières se résument généralement à un petit bout de plastique bien pratique: la carte. Les cartes plus précisément car il y en a beaucoup et pour tous les goûts: cartes bancaires ou cartes privatives, cartes de crédit ou cartes de débit, ou encore cartes accréditives, cartes à piste ou cartes à puce...

Cette prolifération a son revers si elle n'est pas conduite et maîtrisée. C'est ainsi que se multiplient les initiatives législatives et "para législatives" (code de bonne conduite, recommandations...) visant à instaurer un cadre juridique à la fois souple et équitable, respectueux des intérêts de toutes les parties en cause.

Au niveau communautaire, les initiatives récentes traduisent plusieurs préoccupations qui, si elles ne sont pas contradictoires, ne sont pas toujours faciles à concilier.

Comme elle entend inscrire le développement des nouveaux moyens¹ de paiement dans la perspective de l'intégration financière et monétaire de la Communauté, la Commission a manifesté son souci de promouvoir l'interopérabilité des cartes et de façon plus générale la compatibilité des différents systèmes de paiement en Europe.

En d'autres termes, ce sont l'efficacité et l'universalité des systèmes de paiement qui sont visées (cf. "Tout atout pour l'Europe: les nouvelles cartes de paiement (COM (96) 754 final; plus récemment, "Les paiements dans le marché intérieur européen" COM (90) 447), ce qui implique une collaboration étroite entre les fournisseurs de systèmes de paiement, avec tous les risques de restrictions à la concurrence que cela peut comporter. Il faut donc concilier normalisation technique permettant l'ouverture d'un système au plus grand nombre et respect de la liberté de concurrence. La liberté de choix du consommateur n'est qu'un leurre si la structure de l'offre n'est pas concurrentielle.

Par ailleurs, le développement des instruments de paiement, leur diffusion ne peut se faire, sous peine de rejet, que dans le respect des intérêts de toutes les parties au système, institutions émettrices, commerçants et consommateurs. C'est le sens des deux recommandations de la Commission du 8 décembre 1987 (J.O.C.E. du 24 décembre 1987 n° L 365/72)² et du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre les titulaires et émetteurs de cartes (J.O.C.E. du 24 novembre 1988 n° L 317). Cette dernière recommandation, qui fait l'objet de la première partie de notre étude (titre I) pourrait, dans une large mesure, se résumer dans deux concepts-clés: transparence et sécurité.

Estimant qu'il convient d'accélérer la protection du consommateur dans le domaine des moyens de paiement, la Commission considère qu'il doit recevoir une information plus complète et plus claire sur les conditions notamment financières des services fournis. Il doit aussi voir sa responsabilité limitée en cas de perte ou de vol des moyens d'accès et ses droits affirmés en cas de mauvaise exécution par l'émetteur de l'ordre reçu.

Moins ambitieuse est l'approche adoptée par le législateur belge. Celui-ci, contrairement au "législateur" européen, n'a pas promulgué de texte régissant de façon spécifique et complète les différents problèmes juridiques posés par les paiements par carte. C'est dans la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation que l'on trouve, de façon presque incidente, un article 61 répartissant les risques issus de la perte ou du vol des cartes. La seconde partie de cette étude donnera un aperçu du droit belge et des questions qu'il suscite (titre II).*

¹ Nous utiliserons indifféremment l'expression moyen ou instrument de paiement encore que, rigoureusement parlant, la carte comme le chèque ne soit qu'un instrument utilisé à des fins de règlement.

² Pour un commentaire, M. SCHAUS et X. THUNIS "Quelques réflexions à propos du code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique", D.I.T., 1988/1, p. 54 et s.

* L'étude qui suit est le fruit d'une collaboration amicale entre les deux auteurs. X. THUNIS a rédigé le titre I relatif à la Recommandation européenne, E. MEYSMANS a rédigé le titre II relatif à la loi belge du 12 juin 1991. Introduction et conclusion sont communes.

TITRE I : ANALYSE DE LA RECOMMANDATION EUROPÉENNE DU 17 NOVEMBRE 1988

2. Forme juridique adoptée: une recommandation

Après de nombreux avatars, le projet de directive préparé par la Commission s'est finalement mué en une recommandation, ce qui a déçu les organisations de consommateurs qui auraient souhaité un texte plus contraignant³.

La directive, a-t-on souligné, est un instrument trop rigide, mal adapté à une matière caractérisée par une évolution technique rapide. Celle-ci risque de rendre obsolètes des dispositions légales focalisées sur un support technique déterminé⁴. On a donc opté pour une recommandation qui doit aboutir à l'amélioration des conditions contractuelles entre émetteur et titulaire.

Il n'est pas contestable qu'une directive qui prescrit aux Etats de modifier leur droit interne en conformité avec les obligations qu'elle comporte, est plus contraignante qu'une recommandation (cf. art. 189 du Traité)⁵. Il faut toutefois observer que la Recommandation qui, hormis un point, s'adresse aux émetteurs de carte, les met aussi en demeure de modifier les dispositions contractuelles régissant leurs rapports avec les utilisateurs. Le délai imposé aux émetteurs était de 12 mois à compter de la date de la Recommandation. Même si les émetteurs n'ont pas respecté ce délai, force est de constater toutefois qu'ils ont été obligés, pour éviter une directive, d'adopter un code de bonne conduite reprenant sur bien des points le contenu de la Recommandation. On comparera fréquemment le code⁶ et la Recommandation dans l'exposé qui suit.

3. On n'examinera pas en détail toutes les dispositions de la Recommandation ou plus précisément de son annexe qui comporte huit articles.

On s'attache à décrire rapidement son champ d'application (chapitre I) ainsi que les exigences qu'elle pose en ce qui concerne la convention passée entre l'émetteur et le titulaire des moyens d'accès ("titulaire contractant") (chapitre II).

C'est cependant l'analyse des obligations du titulaire (chapitre III) et de l'émetteur (chapitre IV) qui retiendra l'attention, ce qui permettra de mettre en évidence l'équilibre qui s'instaure entre les partenaires et le nouveau fondement juridique qui le sous-tend (chapitre V).

CHAPITRE I : CHAMP D'APPLICATION (art. 1 et 2)

4. Le champ d'application de la Recommandation est défini très largement puisqu'elle vise non seulement (point 1) l'ensemble des opérations électroniques de paiement ou de retrait effectuées avec ou sans carte, mais encore les paiements non électroniques par carte "notamment les processus de paiement pour lesquels une signature est nécessaire et une facturette est fournie, à l'exclusion des cartes dont la seule fonction est de garantir un paiement effectué par chèque".

Les opérations déclenchées par carte (paiement, retrait, dépôt) sont en tous cas couvertes de façon tout à fait générale, que la carte soit émise par une institution bancaire ou non (cf. le point 2 qui vise explicitement la carte privative), que l'opération soit déclenchée électroniquement ou non, que la carte soit une carte de débit, de crédit ou une carte accréditive⁷.

Le texte s'étend même au "paiement électronique effectué par un consommateur sans utiliser de carte, notamment le système de la banque à domicile", ce qui peut paraître prématuré étant donné le manque d'expériences concrètes en cette dernière matière.

5. On a, à juste titre, souligné le caractère imprécis ou excessivement large de la Recommandation⁸. La notion de paiement n'est pas autrement précisée, "les opérations connexes" non plus (s'agit-il du retrait d'extraits au terminal électronique ?). Quant aux cartes exclues du champ d'application de la Recommandation, celles "dont la seule fonction est de garantir un

³ Sur l'ensemble des arguments invoqués, R. TRINQUET, "Les relations entre organismes financiers et consommateurs dans un système étendu à l'ensemble de la Communauté", *Banque (Fr.)*, avril 1989, p. 424.

⁴ Cet argument n'est pas décisif puisque certains Etats, tel le Danemark ou les Etats-Unis, n'ont pas hésité à légiférer en la matière.

⁵ Il faut se garder cependant d'oppositions simplistes et considérer qu'une recommandation n'a aucune valeur juridique. La Cour de Justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 13 décembre 1989 (*J.L.M.B.* 1990, p. 326 et s.), a d'ailleurs souligné que "les actes en question ne peuvent être considérés pour autant comme dépourvus de tout effet juridique. En effet, les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, ..." C'est ce qu'a d'ailleurs fait le tribunal de Juvisy sur Orge dans une décision inédite du 27 avril 1990; le tribunal relève explicitement que l'envoi d'une carte sans demande préalable du client est contraire à la recommandation et au code de bonne conduite que la profession s'est donnés.

⁶ Le titre exact en est : "Code de bonne conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par cartes". Il constitue la réponse des Associations Européennes du Secteur du Crédit à la recommandation de la Commission. Pour un exposé du contenu du code, D. IANNUCCI, "Le code de bonne conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par cartes" *A.E.B.D.F.*, septembre 1991.

⁷ Encore que certaines de ces cartes ne permettent pas de débiter directement le compte bancaire du client sans le concours d'un autre instrument de paiement (avis de prélèvement ou chèque), R. TRINQUET "Relations entre organismes financiers et consommateurs dans un système de paiement étendu à l'ensemble de la Communauté", *Banque (Fr.)*, avril 1989, p. 426.

⁸ Voy. notamment les questions pertinentes de G. NICOLAS "La recommandation de la Commission des Communautés européennes du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement", *Banque et Droit* n° 3, mars-avril 1989, p. 68; R.E. VAN ESCH, "De aanbeveling van de Europese Commissie inzake betalingssystemen" *Computerrecht* 1989/2, p. 95 et s.

paiement effectué par chèque", les cartes eurochèques p. ex, il s'avère qu'elles peuvent très souvent être utilisées à d'autres fonctions, retrait ou transfert électronique pour lesquelles elles relèveraient de la Recommandation⁹.

D'autres difficultés d'interprétation se posent. On s'est demandé si le texte visait et protégeait non seulement les consommateurs mais aussi les entreprises. Il faut conclure tant de la lettre que de l'esprit du texte que sont exclues les opérations effectuées par un professionnel dans l'exercice de ses activités comme celles qu'une entreprise peut déclencher dans le cadre d'un contrat de télématique bancaire passé avec son institution financière. C'est la protection du consommateur personne physique cherchant à satisfaire des besoins propres qui est ici recherchée¹⁰.

Il ne faut probablement pas exagérer ces difficultés d'interprétation¹¹ dont certaines sont déjà résolues dans le code de bonne conduite du secteur bancaire européen concernant les systèmes de paiement par carte. Celui-ci exclut la banque à domicile. Il traite des cartes de paiement bancaires (crédit et débit) utilisées par des particuliers pour leur propre compte.

On peut déplorer malgré tout l'absence d'approche globale au niveau communautaire dans une matière aussi importante que celle du paiement. Ainsi, le champ d'application très large de la Recommandation de 1988 ne coïncide pas avec celui, beaucoup plus restrictif, défini par la Recommandation du 8 décembre 1987 qui ne couvre que le paiement électronique et exclut les cartes privatives ainsi que les paiements par carte effectués selon des procédures mécaniques. Ne faut-il pas aussi regretter que des études sérieuses n'aient pas été faites préalablement sur l'imputation des risques en matière de chèque ou de virement, ce qui aurait sûrement permis de dégager des enseignements utiles pour la matière des cartes.

CHAPITRE II : LA CONVENTION ENTRE L'ÉMETTEUR ET LE TITULAIRE DES MOYENS D'ACCÈS ("TITULAIRE CONTRACTANT")

6. On passe rapidement en revue les exigences que la Recommandation impose en ce qui concerne la forme du contrat, sa conclusion et sa modification. Les obligations des parties contractantes sont examinées dans un chapitre distinct (chapitre III).

A. Forme et rédaction du contrat (art. 3.1. et 3.2.)

7. L'article 3.1. de la Recommandation indique que "chaque émetteur établit par écrit des clauses contractuelles complètes et loyales régissant l'émission et l'utilisation des cartes de paiement". L'exigence d'un écrit est une manifestation de la renaissance d'un certain "formalisme de protection" qui aboutirait à une nouvelle variété de contrat solennel¹². Les clauses doivent être loyales, ce qui est une notion empruntée au droit anglo-saxon¹³ et qui pourrait évoquer le principe général de bonne foi dans les relations contractuelles.

Elles doivent aussi être complètes, exigence qui, en pratique, n'est pas facile à satisfaire étant donné l'évolution et la multiplicité des services offerts. Il faut en tous cas comprendre que les éléments principaux du contrat doivent figurer dans le document¹⁴ et que ne sont pas opposables des clauses auxquelles il serait simplement fait référence¹⁵. Les clauses doivent aussi être "exprimées en des termes aisément compréhensibles et dans une forme qui permette de les lire facilement"¹⁶.

Enfin, les clauses doivent être rédigées "dans la langue ou les langues qui sont généralement utilisées à ces fins ou à des fins similaires là où les clauses contractuelles sont proposées". Cette formulation compliquée impose sans doute de rédiger la convention dans la ou les langues officielles du lieu de conclusion. La pratique en Belgique s'est orientée en ce sens. On reviendra plus loin (chapitre III) sur l'obligation des émetteurs de préciser les conditions financières du service offert au titulaire contractant.

B. Conclusion du contrat (Art. 5)

8. L'article 5 contient deux séries de stipulations. Selon la première, "le contrat entre l'émetteur et le titulaire contractant est réputé conclu lorsque le consommateur qui en a fait la demande reçoit le moyen de paiement et un exemplaire des clauses contractuelles qu'il a acceptées". Pour que le contrat soit formé, il faudrait que

⁹ En ce sens, Y. GERARD et A. SVENDSEN, "La recommandation de la Commission sur les relations entre organismes financiers et porteurs de cartes de paiement", *D.I.T.*, 1989/2, p. 51 et s.

¹⁰ Ceci permet d'exclure du champ d'application de la Recommandation les "cartes d'entreprise" délivrées à une personne morale et utilisées par les employés de celle-ci dans le cadre de leurs fonctions. En ce sens, E. MEYSMANS "Aanbeveling van de EG - Commissie van 17 november 1988 inzake betalingssystemen en met name inzake de betrekkingen tussen de kaarthouder en de verstrekker van de kaart", *doc. K.B.*, p. 5.

¹¹ Pour un commentaire critique des définitions reprises au point 2 notamment de la notion de fournisseur de système, voy. aussi R. VAN ESCH, *o.c.*, p. 86 et l'exemple cité; G. NICOLAS, *o.c.*, p. 68.

¹² M. SCHAUSSE et X. THUNIS, "Quelques réflexions à propos du code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique", *D.I.T.*, 1988/1, p. 54 et s.; R. TRINQUET, *o.c.*, p. 425.

¹³ G. NICOLAS, *o.c.*, p. 59; pour une comparaison entre le droit anglais et le droit français "Contract Law Today" D. HARRIS et D. TALLON (ed.) Oxford, Clarendon Press 1989.

¹⁴ G. NICOLAS, *o.c.*, p. 59; E. MEYSMANS, *o.c.*, p. 9.

¹⁵ Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, p. 51.

¹⁶ Cette disposition a parfois été critiquée en raison de son caractère vague et imprécis, G. NICOLAS, *o.c.*, p. 59; la critique nous paraît sévère. Il ne s'agit pas de renoncer dans un contrat à la nécessaire précision juridique. Mais tant la présentation que la rédaction du contrat doivent permettre au client "moyen" de comprendre la portée des engagements souscrits.

l'instrument de paiement ait été remis au porteur. Serait-on en présence d'un nouveau contrat réel (comp. supra sur la notion de contrat solennel)¹⁷. Quoi qu'il en soit, les émetteurs ont intérêt à se ménager la preuve de la remise de la carte et des conditions contractuelles s'ils veulent percevoir les redevances et se prévaloir de l'application de stipulations contractuelles par exemple en cas de perte ou de vol des moyens d'accès¹⁸.

Seconde stipulation: "Aucun moyen de paiement n'est envoyé à un consommateur à moins qu'il n'en ait fait la demande". Cette interdiction que l'on retrouve dans les réglementations danoise (art. 14.1) et américaine (EFTA, art. 903.1) a pour objet de mettre fin à la pratique de l'envoi forcé de cartes. Il faut cependant comprendre qu'une telle disposition ne s'applique pas en cas de renouvellement de carte¹⁹. Le code de bonne conduite (point 8) précise explicitement: "L'émetteur ne délivrera pas de carte à un client qui n'en a pas fait la demande, sauf lorsque la carte remplace une carte qu'il possède déjà".

C. Modification du contrat (art. 3.5.)

9. Le principe juridique de base, rappelé par la Recommandation, est que "les clauses contractuelles ne sont pas modifiées sauf accord entre les parties".

La Recommandation assouplit cependant ses exigences en indiquant que "... cet accord est réputé exister lorsque l'émetteur propose une modification des clauses contractuelles et que le titulaire contractant, dûment informé, continue à utiliser le moyen de paiement". Assouplissement voulu par les émetteurs et qui se fonde sur le fait que le silence dont question s'accompagne d'un comportement actif du porteur qui, utilisant la carte, est censé adhérer aux conditions nouvelles qui lui sont communiquées.

Comment, par quelle voie? Une lettre simple peut-elle suffire, étant donné le nombre de titulaires concernés? Un avis dans les locaux de la banque est possible mais risque de poser des problèmes en ce qui concerne la preuve de l'information du titulaire.

Si le client refuse la modification, il lui reste la possibilité de dénoncer le contrat et de retourner sa carte. Il paraît à conseiller, du point de vue des émetteurs, d'insérer dans les contrats une clause précisant la manière dont les modifications seront portées à la connaissance du contractant et de prévoir aussi que passé un certain délai, le titulaire est censé avoir accepté les modifications proposées²⁰. En ce sens, le point 5 du code de bonne conduite indique: "Les clauses pourront être modifiées par l'émetteur, mais moyennant un avis préalable au titulaire de cartes avec un délai suffisant pour permettre à celui-ci de résilier son contrat, s'il le souhaite. Il sera précisé une période de résiliation au terme de laquelle tout titulaire de cartes sera censé avoir accepté les nouvelles clauses s'il n'a pas préalablement résilié son contrat. La modification du taux d'intérêt n'est toutefois pas concernée par ce qui précède et sera d'application à partir de la date indiquée lors de la publication de cette modification".

CHAPITRE III: LES OBLIGATIONS DU TITULAIRE CONTRACTANT

10. La Recommandation impose au porteur un certain nombre d'obligations destinées à prévenir les incidents de paiement ou à en limiter les conséquences. Tant il est vrai que le porteur doit lui aussi contribuer à la sécurité des paiements et des instruments qui permettent de les réaliser.

A. Sécurité de l'instrument de paiement (Art. 4. 1.a) et c))

11. Le titulaire a une obligation de prudence. Celle-ci est explicitement précisée par la Recommandation qui lui impose de "prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité du moyen de paiement et du procédé (tel que le code confidentiel) permettant de l'utiliser".

Ceci lui interdit par exemple de laisser sa carte dans un endroit où elle pourrait facilement être utilisée (dans une voiture par exemple). Comme le montre la jurisprudence antérieure sur le chèque, tous les cas sont loin d'être faciles à trancher. Qu'en est-il d'une carte laissée dans un bureau ou encore dans un sac à main abandonné un instant sur le comptoir d'un commerçant? Il est sûr que constitue une négligence caractérisée l'inscription du code confidentiel sur le moyen de paiement ou sur tout autre document transporté avec celui-ci. Des cas limites

¹⁷ G. NICOLAS, *o.c.*, p. 59; Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, p. 52.

¹⁸ Cf. à ce sujet la jurisprudence citée par X. THUNIS et M. SCHAUS, "Aspects juridiques de paiement par carte", *Cahiers du CRID* n° 1, Story Scientia 1988, p. 27 et s. (cas d'une utilisation abusive avant réception des moyens d'accès par le consommateur).

¹⁹ Voy. en ce sens les dispositions extrêmement détaillées de l'EFTA (Electronic Fund Transfer Act) en particulier art. 911 (b) selon lequel des moyens d'accès peuvent être envoyés en l'absence de demande. Mais les conditions sont très strictes.

²⁰ En ce sens, Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, op. 52; comp. les recommandations faites par le Conseil National du Crédit (France) dans ses rapports de juillet 1986 et de mars 1988 en faveur d'une procédure de révision concertée des contrats.

peuvent se présenter. Qu'en est-il du numéro de code noté dans un répertoire téléphonique, "noyé" le cas échéant au milieu de chiffres factices ?

La qualification du comportement de l'intéressé est d'une grande importance ainsi qu'on le verra car la "négligence extrême" aboutit à une aggravation de la responsabilité du porteur (v. infra).

On peut s'interroger sur l'étendue de l'obligation de sécurité qui pèse sur le client et sur les conséquences d'une défaillance. L'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers permet-elle d'inférer que d'une façon ou d'une autre, le titulaire a communiqué son numéro d'accès au tiers, commettant par là une négligence extrême qui le prive du bénéfice de la limitation de responsabilité prévue par la Recommandation (v. infra).

B. Obligation de faire opposition (art. 4.1. b))

12. Le titulaire doit informer "l'émetteur ou une agence centrale sans délai excessif après la constatation:

- de la perte, du vol ou de la contrefaçon du moyen de paiement ou du procédé permettant de l'utiliser;
- de l'enregistrement d'opérations non autorisées sur son compte,
- de toute erreur ou autre irrégularité dans la gestion de son compte par l'émetteur."

On reviendra amplement sur l'obligation de notification en cas de perte ou de vol de la carte. Les deux dernières hypothèses font référence à l'obligation pour le titulaire de consulter ses extraits de compte et de réagir en cas d'irrégularité constatée à la lecture de ceux-ci. Cette obligation deviendra d'autant plus intense que les transferts, suite à l'automatisation, s'opèrent rapidement et que la collaboration du client est requise pour procéder à la rectification des irrégularités affectant la tenue de son compte. La procédure de rectification d'erreurs (error resolution procedure) instaurée par l'EFTA américain s'inscrit dans cette perspective²¹. Cette procédure a pour objet de permettre la correction des erreurs affectant le compte du client dans les plus brefs délais sans procédure judiciaire²². Le titulaire du compte qui n'a pas réagi dans les 60 jours à dater de la réception des extraits de compte se voit déchu, soit du bénéfice de la rectification automatique, soit même, dans certains cas, du bénéfice de la limitation de responsabilité instituée par la loi.

13. C'est sans conteste en cas de dépossession des moyens d'accès, que le titulaire doit faire preuve de diligence; il doit faire opposition, c'est-à-dire notifier à l'émetteur la perte ou le vol de sa carte et de son code.

La Recommandation n'est pas très précise sur les conditions dans lesquelles doit se faire l'opposition. Aucune forme n'est imposée : une opposition écrite et dûment reçue par l'émetteur est préférable afin d'éviter toute contestation sur le moment de l'opposition²³. L'opposition doit, selon la Recommandation, être faite sans délai excessif à dater de la constatation de la dépossession. Cette disposition crée évidemment des difficultés. Comment juger d'un délai excessif ? Et surtout le point de départ de celui-ci est laissé à la totale discrétion du porteur. S'il est négligent ou si simplement il utilise peu ses instruments de paiement, il risque de mettre du temps à en constater la disparition. La preuve du moment de la constatation qui est tout de même un pivot dans la répartition des responsabilités (cf. infra) risque de s'avérer bien difficile pour l'émetteur.

C. Irrévocabilité de l'ordre de paiement (art 4. 1.- d)

14. De même que la loi française du 11 juillet 1985 (article 22) et la Recommandation du 8 décembre 1987, la Recommandation du 17 novembre 1988 impose au titulaire de ne pas révoquer un ordre de paiement qu'il a lui-même émis.

Cette disposition explicite donne satisfaction à la fois aux émetteurs et aux commerçants soucieux les uns et les autres de garder l'opération de paiement indépendante de la transaction commerciale de base et de ne pas remettre en question la sécurité des paiements²⁴.

Elle se situe, nous semble-t-il, dans la logique de l'évolution technique des instruments de paiement. L'automatisation, par le rapprochement qu'elle provoque entre le moment de l'émission de l'ordre et celui de son exécution, tend à rendre difficile en pratique toute tentative de révocation.

²¹ EFTA art. 908

²² Pour un panorama des procédures de règlement, N. LHEUREUX et L. LANGEVIN, "La pratique des cartes de paiement au Québec : Rapport de droit comparé", *Revue du Barreau* (Canada), mars-avril 1990, p. 271 et s.

²³ La jurisprudence française se montre particulièrement rigoureuse à cet égard cf. récemment Cass. fr. (ch. com) 23 juin 1987, *D.I.T.*, 1988/3, p. 38 et s. note J. HUET; on connaît aussi en pratique d'autres procédures de réception d'oppositions données par téléphone. Un numéro de dossier est donné au client opposant, ce qui lui permet de faire la preuve du moment de l'opposition.

²⁴ M. VASSEUR, "Le paiement électronique. Aspects juridiques", *J.C.P.* 1985, I, 3206 n° 12 souligne que l'irrévocabilité est lourde de sens car elle dissocie l'instrument de paiement de l'opération commerciale.

CHAPITRE IV : OBLIGATIONS DE L'ÉMETTEUR (ART. 3.3., 3.4., 4.3., 6)²⁵

A. Obligation de confidentialité

15. L'émetteur se voit imposer l'obligation "de ne pas divulguer sauf au titulaire contractant, le code confidentiel de ce dernier ou, le cas échéant, des données confidentielles similaires le concernant" (art. 4.3.). On peut se demander ce que vise cette expression assez imprécise. Des données relatives aux incidents de paiement qu'a déjà connus le titulaire de la carte et qui seraient reprises sur celles-ci ?

B. Obligation d'information (Art. 3.3. et 3.4.)

16. L'émetteur doit dans le contrat préciser les conditions financières du service fourni, à savoir :

- 1° la base de calcul du montant des frais (y compris les intérêts). Obligation qui soulève, semble-t-il, de délicats problèmes pratiques ²⁶ ;
- 2° le délai dans lequel les opérations sont passées au compte (débit immédiat ou différé) ainsi que les facturations par opérations.

C. Preuve des opérations (article 6)

17. Ainsi qu'on l'a souvent souligné, les principes classiques régissant le droit de la preuve accordent la prééminence à l'écrit signé (article 1341 du Code civil). Des exceptions sont cependant prévues par la loi elle-même (cf. not. art. 1347 et 1348) dans l'analyse desquelles nous n'entrons pas ici ²⁷. Des dérogations conventionnelles sont également possibles, moyennant toutefois certaines limites (v. infra). Le problème n'est donc pas, dans cette matière, d'échapper à la prééminence de la preuve écrite, mais de puiser dans les techniques modernes, des éléments ayant une fiabilité et si possible un caractère contradictoire tels qu'on puisse en tirer des présomptions sur l'existence et le contenu de la transaction ainsi que sur l'identité des parties à celle-ci.

18. Avec l'introduction des techniques automatisées, on peut observer qu'émerge ou s'affirme plus nettement une sorte d'"obligation à la preuve" à charge des émetteurs d'instruments de paiement.

Comme tous les éléments de preuve sont concentrés chez l'émetteur et que la dépersonnalisation des transactions rend difficile la preuve directe d'un fait précis (ex.: la divulgation d'un code), l'accent est mis sur les conditions de sécurité qui doivent entourer la production et la conservation des pièces. Cette tendance s'exprimait déjà dans la Recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981 [n° R (81) 20] relative aux conditions d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques. On la retrouve dans l'article 6.1. de la Recommandation européenne selon laquelle "les émetteurs conservent ou font conserver des pièces justificatives internes qui soient suffisantes pour permettre de repérer les opérations et de rectifier les erreurs". Et aussi, pourrait-on ajouter, pour constituer des présomptions suffisamment sérieuses, susceptibles d'emporter l'adhésion du juge en cas de conflit sur l'identité de l'émetteur de l'ordre, sur l'existence ou le montant de la transaction (cf. infra).

19. Ceci n'est pas suffisant pour restaurer aux éléments le caractère bilatéral traditionnellement requis. A défaut de lui-même participer à la production de la preuve, le titulaire contractant doit pouvoir - c'est un minimum - exercer un contrôle sur la façon dont les opérations sont enregistrées, ce qui lui permet de signaler les anomalies et de demander rapidement leur rectification.

D'où l'exigence, à charge des émetteurs en cours de contrat, de satisfaire à leur obligation d'information en délivrant aux utilisateurs une documentation suffisamment précise et complète. Cette documentation peut en pratique prendre deux formes : le ticket de caisse délivré lors de l'opération elle-même ou l'extrait de compte reprenant ultérieurement une série d'opérations avec les références permettant leur identification.

²⁵ On examine plus loin (Chap. V) les obligations de l'émetteur en matière d'opposition.

²⁶ Pour plus de détails, G. NICOLAS, *o.c.*, p. 70; E. MEYSMANS, *o.c.*, p. 11 et s.

²⁷ La bibliographie est abondante. Pour une synthèse, X. THUNIS et M. SCHAUS, *o.c.*, p. 43 et s.; M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La Preuve*, U.C.L., 1987. En France, voy. notamment F. GALLOUEDEC-GENUYS, "Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve", Paris, La documentation française, 1990.

²⁸ Pour plus de détails, cf. notamment EFTA art. 906.

²⁹ EFTA art. 909; Comp. en jurisprudence belge Comm. Liège 19 janvier 1984, *Dr. Inform.*, 1984/2, p. 29 et s.

³⁰ Il a été considéré en jurisprudence belge que la bande journal constituait une preuve suffisante de deux retraits effectués à dix jours d'intervalle, Trib. civ. Namur, 30 mai 1988, *D.I.T.* 1990/2, p. 60 et s. note J.P. BUYLE; en France Cass. fr. (1ère ch.) 8 novembre 1989, *D.I.T.* 1990/2, p. 44 et s. note VASSEUR.

³¹ En ce sens J. HUET "Formalisme et preuve en informatique et télématique" in *"Informatique et télécommunications: y a-t-il un juriste dans la salle ?"* Story Scientia 1989, p. 242 et s.; cf. aussi pour les Pays-Bas art. 6.5.2. A3 du NBW sanctionnant la clause "dat de bevoegheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt"; pour la Belgique art. 32 n° 18 de la loi de 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce selon lequel sont abusives les clauses et conditions qui ont pour objet de limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser.

³² H. CROZE, Observations sous Cass. fr. (ch. com) 9 décembre 1986, *J.C.P.* 1988, II, 20918 n° 2 et s.; J. VEZIAN, *"La responsabilité du banquier en droit privé français"*, Librairies Techniques, 1983, p. 51 n° 77.

³³ Voy. notamment N. VERHEYDEN, "La charge de la preuve" in *La preuve*, UCL 1987, p. 5 et les nombreuses références citées.

³⁴ Cf. EFTA art. 909 B.

³⁵ En ce sens, G. NICOLAS, *o.c.*, p. 70.

³⁶ Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, p. 54; M. VASSEUR note sous Cass. fr. (ch. civ.), 8 novembre 1989 *D.I.T.* 1990/2, p. 47 et s.; cf. aussi point 15 in fine du code de bonne conduite: "L'enregistrement correct d'opérations similaires, avant et après l'opération en cause, constituera un commencement de preuve que le système fonctionnait correctement".

La Recommandation, en son article 6.3., paraît viser les deux possibilités en indiquant "que le titulaire contractant reçoit, s'il en fait la demande, un relevé de chacune de ses opérations, immédiatement ou peu de temps après les avoir exécutées..."

On retrouve cette exigence d'information dans des législations récentes comme l'Electronic Fund Transfer Act américain (EFTA). Celui-ci impose aux banques la remise d'une documentation régulière et extrêmement détaillée²⁸ à la fois sur le lieu même de l'opération et ultérieurement sous forme de récapitulatif périodique. Outre qu'elle informe le client -i.e. le consommateur américain- cette documentation revêt une grande importance pour la détermination de ses droits.

Le consommateur américain est déchu du bénéfice de la procédure de rectification d'erreurs s'il ne signale pas l'irrégularité dans les soixante jours à dater de la réception d'un extrait de compte périodique.

L'obligation de vigilance et de diligence de l'utilisateur pourrait même être sanctionnée par un accroissement de responsabilité²⁹ s'il s'avère que l'absence de consultation a rendu possible une aggravation des débits frauduleux.

20. En ce qui concerne la pratique bancaire belge actuelle, la force probante des différents supports d'information produits lors de la transaction est soigneusement précisée.

Ainsi, il est prévu que "les documents (tickets) délivrés par le guichet ou par le terminal point de vente ne constituent pas une preuve de l'opération mais sont seulement fournis au porteur de la carte à titre d'information ou pour lui permettre un contrôle". Par contre, "la bande journal ou un support d'information équivalent, sur lesquels sont enregistrées les données relatives aux opérations passées à chaque guichet automatique ou chaque terminal point de vente, constitue un procédé de preuve par écrit contraignant et suffisant". La doctrine et la jurisprudence française et belge³⁰ acceptent sans trop de réserves la validité de conventions sur la preuve, encore que celles-ci ne puissent à notre avis interdire à une partie de fournir une preuve contraire³¹ (v. aussi infra).

Enfin, en ce qui concerne les extraits de compte, les règlements bancaires belges comportent des clauses selon lesquelles les opérations portées sur les extraits sont censées approuvées par le client s'il n'a pas protesté auprès de la banque dans un certain délai (60 jours ou même 30 jours).

La validité de telles clauses fait l'objet de discussions³². Est-il normal que l'écoulement du temps aboutisse conventionnellement à entériner une irrégularité et à priver le titulaire de ses droits sur les montants qui lui reviennent ?

21. Suivant l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve pèse sur celui qui réclame l'exécution d'une obligation. Celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Au-delà de l'énoncé de ces principes importants mais nuancés par la doctrine moderne qui met l'accent sur la collaboration des parties à l'établissement de la preuve³³, il faut souligner à quel point la charge de la preuve réagit sur les droits effectivement reconnus à l'émetteur d'une part, au "titulaire contractant" d'autre part, en cas de vol ou de perte de la carte (et plus généralement des moyens d'accès) (Pour des exemples v. infra).

Se fondant sur le déséquilibre des parties dans la production et la maîtrise des éléments de preuve, en d'autres termes sur "une meilleure aptitude à la preuve" de l'établissement émetteur, l'article 6.2. de la Recommandation lui impose, en cas de conflit portant sur la responsabilité relative à un transfert électronique de fonds non autorisé, de "prouver que l'opération a été correctement enregistrée et correctement comptabilisée et n'a pas été affectée par une panne technique ou une autre déficience du système".

Ce genre de dispositions, que l'on retrouve dans la législation américaine³⁴, impose à l'émetteur une tâche très lourde. Cette cascade de preuves dont certaines sont négatives serait impossible à rapporter³⁵ sauf si l'on autorise l'émetteur à démontrer que l'ensemble du système a fonctionné de façon satisfaisante pendant la période considérée³⁶. En cas de contestation, le débat se déplace alors sur la fiabilité du système mis en place. Si l'appréciation portée sur la fiabilité du système est négative, l'émetteur doit rapporter la preuve directe de l'imprudence du client, preuve bien difficile à établir sauf aveu du client, ou récupération de la carte ou de tout autre document sur lequel le client aurait noté son numéro de code.

Mais la jurisprudence actuelle (v. infra) paraît considérer que les systèmes sont sûrs et qu'il est très peu probable qu'un dysfonctionnement du système aboutisse à des débits en faveur du tiers fraudeur sans aucune faute du client, c'est-à-dire sans communication du code secret. En théorie le renversement de la charge de la preuve paraît favorable à l'utilisateur; en pratique, l'institution émettrice pourra le plus souvent produire des éléments de preuve dont la recevabilité et la force probante ont été contractuellement consacrées (v. supra) et à partir desquels le juge conclura que l'appareil n'était pas défectueux au moment de l'utilisation par le titulaire (aucune irrégularité constatée pendant la période entourant le retrait, mécanismes de contrôle interne...) ³⁷. Le titulaire devra alors prouver une défaillance précise, ce qui sera malaisé. Le renversement de la charge de la preuve n'est donc pas une panacée si tous les éléments de preuve susceptibles d'emporter la conviction du juge se trouvent concentrés aux mains de la même partie.

22. Dans deux cas soumis à la "Geschillencommissie" (Pays-Bas) ³⁸, le client contestait être l'auteur des retraits que la banque entendait lui imputer. La carte était demeurée en sa possession et il était au moment des retraits soit sur le lieu de travail, soit à son domicile. A en croire le client, il s'agissait de retraits frauduleux opérés par un tiers ne possédant ni la carte, ni le code. La banque, quant à elle, produisait des enregistrements montrant que les moyens d'accès du client avaient bel et bien été utilisés. Selon la commission, le client en affirmant avec quelque vraisemblance ne pas pouvoir être sur les lieux du retrait ne fournit pas une preuve contraire suffisante. Il lui faut prouver qu'il est impossible qu'un tiers ait pu disposer du code et de la carte pour procéder aux retraits litigieux. Cette jurisprudence n'est cependant pas encore définitivement fixée. Certaines décisions sont plus clémentes pour le titulaire des moyens d'accès ³⁹.

En France, la jurisprudence, après avoir émis des doutes sur la fiabilité des systèmes ⁴⁰ paraît maintenant postuler que les systèmes sont fiables et ne peuvent fonctionner sans code confidentiel. Toute utilisation par un tiers fraudeur suite au vol ou à la perte de la carte, ne peut alors provenir que d'une faute du titulaire dans la garde de son code secret ⁴¹. Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure la Recommandation remet en cause la jurisprudence précitée. La question de savoir si la faute du titulaire (communication du code) doit être prouvée ou peut être présumée conserve cependant toute son importance car les limitations de responsabilité établies par la Recommandation ne s'appliquent pas en cas de "négligence extrême" du titulaire (v. infra).

CHAPITRE V : RÉPARTITION DES RESPONSABILITÉS EN CAS D'INCIDENTS DE PAIEMENT

23. Un des aspects les plus importants de la Recommandation concerne la répartition des responsabilités entre l'émetteur et le titulaire en cas d'incidents de paiement ⁴².

On peut distinguer deux hypothèses : l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'ordre donné par le titulaire, l'utilisation abusive des moyens d'accès par un tiers fraudeur suite à la perte ou au vol de ceux-ci.

La Recommandation comporte des dispositions importantes mais parfois peu claires ⁴³ pour régler les deux hypothèses.

A. Non-exécution ou mauvaise exécution des opérations (art. 7)

24. Selon l'article 7.1., l'émetteur est responsable en cas de non-exécution ou d'exécution fautive des opérations même lorsqu'elles sont déclenchées à partir d'appareils électroniques sur lesquels l'émetteur n'a pas de contrôle direct ou exclusif. Il est également responsable en cas d'opérations non autorisées par le client ⁴⁴.

Encore que cela ne soit pas explicitement précisé par le texte, il faut comprendre que la responsabilité de l'émetteur n'est engagée que pour les opérations en voie d'exécution ⁴⁵. Si non les émetteurs seraient tenus pour toute défaillance de leur terminaux (p. ex. panne de système, manque de billets ...) dûment constatée par l'utilisateur avant même le déclenchement

³⁷ Pour un cas d'application, tribunal d'instance de Nuremberg, 15 octobre 1976, *Rev. europ. dr. cons.*, 1987, p. 382.

³⁸ Geschillencommissie Bankbedrijf 21 octobre 1987 *Computerrecht* 1988/3, p. 152 et s. note STUURMAN; Geschillencommissie Bankbedrijf 17 mai 1988 *Computerrecht* 1989/1, p. 39 et s.

³⁹ Cf. Geschillencommissie Bankbedrijf 24 avril 1990 *Computerrecht* 1990/4, p. 201 et s. et note Ch. KNOBBOUT-BETHLEM.

⁴⁰ Paris, 1 décembre 1980, *Dr. Inform.*, 1986/3, p. 124.

⁴¹ Pau 17 octobre 1984, *Dr. Inform.*, 1986/3, p. 126; Douai 26 octobre 1983, *Dr. Inform.*, 1986/3, p. 121; Paris 29 mars 1985, *Dr. Inform.*, 1986/3, p. 122.

Cette jurisprudence serait-elle en voie d'évolution? Voy. la décision de la Cour d'appel de Versailles du 21.12.90 (*INC.*, *Hebdo* n° 731, 21 juin 1991) selon laquelle la faute du titulaire de la carte doit être rapportée. Encore faut-il préciser que la banque en l'espèce avait commis plusieurs fautes (diffusion tardive de l'opposition, archives, incomplètes ...) qui ont peut-être influencé la décision.

⁴² Nous appelons incident de paiement tout événement affectant un ordre de transfert ou de retrait et ayant pour objet ou pour effet de provoquer un retard ou une modification dans l'émission ou l'exécution de celui-ci.

⁴³ Voy. sur ce point les critiques de G. NICOLAS, *o.c.*, p. 760 et s.; Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, p. 55; R.E. VAN ESCH, *o.c.*, p. 100.

⁴⁴ On peut s'interroger sur l'hypothèse visée puisque l'article 8 vise lui aussi, de façon détaillée, le cas d'opérations non autorisées suite à la perte ou au vol des moyens d'accès. A notre avis, il doit s'agir d'une opération exécutée par l'émetteur sans ordre du titulaire indépendamment de toute fraude d'un tiers.

⁴⁵ En ce sens, Y. GERARD et A. SVENDSEN, *o.c.*, p. 55.

de l'opération, ce qui n'est pas raisonnable⁴⁶. On pourrait toutefois soutenir que l'institution émettrice (ou le groupement qui la représente) a l'obligation de rétablir au plus vite le fonctionnement de l'appareil défectueux. Une certaine obligation de continuité dans le service rendu n'apparaîtrait-elle pas à charge des émetteurs avec l'introduction de systèmes automatisés ?

Quoi qu'il en soit, la Recommandation comporte une obligation extrêmement lourde pour les émetteurs, ceux-ci étant tenus à raison de la défaillance d'appareils sur lesquels ils n'ont pas de contrôle direct ou exclusif⁴⁷.

Bien plus qu'une responsabilité fondée sur la faute, c'est une responsabilité fondée sur le risque qui est ici imputée aux émetteurs. Sur base de l'article 7.1., ils répondent vis-à-vis du titulaire d'une mauvaise exécution résultant :

- de défaillances des réseaux de télécommunications (le pluriel est de mise dans la mesure où les transferts internationaux, de plus en plus fréquents, impliquent la collaboration de plusieurs transporteurs bénéficiant d'exonérations de responsabilité plus ou moins larges);
- de défaillances d'appareils placés sous la garde des commerçants;
- de défaillances d'appareils installés par des émetteurs concurrents, étrangers avec lesquels des accords de normalisation auront été passés pour favoriser la diffusion internationale du système de paiement⁴⁸.

M. VASSEUR, dans une étude souvent citée⁴⁹, souligne que le banquier en sa qualité de "professionnel, répond de sa technique ... il en assume le risque".

La Recommandation va plus loin. Ce n'est plus seulement de sa technique que le banquier (l'émetteur) répond; il répond aussi, vis-à-vis du titulaire, de la technique des autres c'est-à-dire des institutions tierces avec lesquelles il a passé accord pour garantir la diffusion du système de paiement sur le plan national et international. Il s'agit là d'un phénomène tout à fait remarquable.

2. L'article 7.2. limite la responsabilité de l'émetteur

- au montant de l'opération en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution⁵⁰;
- à la somme nécessaire pour replacer le client dans la situation antérieure en cas d'opération non autorisée.

Cette limitation de responsabilité, même si elle est nuancée par l'article 7.3.⁵¹, est intéressante.

Le développement de systèmes fondés sur le risque peut aller de pair avec la fixation de plafonds à la responsabilité de celui qui supporte le risque i.e. l'émetteur. Si toutefois l'émetteur, suite à sa négligence grave ou sa faute intentionnelle, cause au donneur d'ordre un dommage irréparable selon les forfaits prévus, alors ce dernier pourrait recourir au droit commun et "subir" le régime prévu par celui-ci (faute prouvée, discussion sur le lien de causalité et sur le caractère prévisible ou imprévisible du dommage...).

B. Responsabilité en cas de perte ou de vol de la carte (art. 8)

26. La répartition des responsabilités en cas de perte ou de vol des moyens d'accès est un des points les plus importants et aussi les plus discutés de la Recommandation. Afin de bien comprendre la portée du changement opéré par celle-ci, on rappelle brièvement en quoi consiste la répartition des responsabilités dans le système belge en voie d'adaptation.⁵²

a) Système belge: Répartition des responsabilités en matière de paiement électronique

27. En Belgique, les contrats passés entre les banques et leur clientèle pour les ordres donnés aux terminaux installés dans des lieux publics reposent (reposaient) sur le système suivant: le titulaire du compte supporte le risque intégral des opérations effectuées à la suite du vol, de la perte ou de l'usage abusif des moyens d'accès, avant d'avoir signalé les opérations illicites ou le risque d'opérations illicites à la banque (l'émetteur).

La responsabilité du titulaire cesse à partir du moment où il a procédé à la notification à sa banque et où celle-ci a pu (dans un délai raisonnable) prendre les dispositions nécessaires pour empêcher toute utilisation frauduleuse ultérieure. Dans les grandes lignes, ce système était commun aux trois "règlements" gouvernant l'utilisation des cartes de paiement électronique en Belgique (Mister Cash, Bancontact, Postomat).

⁴⁶ Aux Etats-Unis, l'article 910 de l'EFTA prévoit d'ailleurs explicitement : "A financial institution shall not be liable ... if the financial institution shows by a preponderance of the evidence that its action or failure to act resulted from ... a technical malfunction which was known to the consumer at the time he attempted to initiate an electronic fund transfer ...".

⁴⁷ L'article 13 du code de bonne conduite paraît d'ailleurs bien diverger de la Recommandation à cet égard puisqu'il indique que "L'émetteur sera responsable des pertes directes encourues par le titulaire de la carte dues à un mauvais fonctionnement du système sur lequel l'émetteur a un contrôle direct".

⁴⁸ On peut regretter qu'une certaine imprécision de la Recommandation ne permette pas d'exclure la responsabilité des appareils installés à domicile par le titulaire pour les opérations dites de banque à domicile (home banking).

⁴⁹ O.c., JCP, 1985, n° 38.

⁵⁰ Nous préférons le terme mauvaise exécution à celui d'exécution fautive utilisé par la Recommandation.

⁵¹ L'article 7.3. prévoit que "les autres conséquences financières, en particulier en ce qui concerne l'étendue du préjudice pour lequel un dédommagement doit être versé, sont régies par le droit applicable au contrat conclu entre l'émetteur et le titulaire contractant."

⁵² Nous parlons donc du système belge antérieur à la Recommandation européenne et à la récente loi sur le crédit à la consommation (cf. infra titre II).

Est-il nécessaire de souligner l'importance de l'opposition dans ce système puisqu'elle fait basculer la charge des risques. Avant que la soustraction n'ait été signalée, le titulaire répond sans limitation des pertes financières liées à l'utilisation abusive de la carte. Une fois la perte ou le vol signalés et que s'est écoulé le temps raisonnablement nécessaire pour intervenir, c'est la négligence de la banque (ou de la société de services) qui ne prend pas les mesures de sécurité adéquates qui cause le dommage ultérieur.

28. La jurisprudence belge⁵³ assez rare, a accepté ce partage conventionnel des responsabilités tout en y apportant les compléments suivants :

1° L'obligation de prévention de la banque, une fois l'opposition notifiée, est une obligation de résultat. Elle doit prendre immédiatement les mesures nécessaires sans pouvoir les retarder en fonction de considérations d'opportunité.

2° La banque a l'entière responsabilité des retraits frauduleux après l'opposition du client même si celui-ci a auparavant commis une faute telle que la divulgation du code secret à une tierce personne⁵⁴.

3° L'émetteur a l'obligation de mettre sur pied un système qui permette de recevoir les oppositions de façon permanente, même les week-ends et jours fériés. L'absence d'un tel système constitue une faute de conception dont l'émetteur doit supporter toutes les conséquences dommageables, la faute du client étant sans incidence⁵⁵.

b) Le système instauré par la Recommandation (art. 8)

29. La notification est un élément essentiel de la répartition des responsabilités prévue par la Recommandation. L'article 8.1 prévoit d'ailleurs explicitement que "Chaque émetteur met ses clients en mesure de l'aviser jour et nuit de la perte, du vol ou de la contrefaçon de leurs moyens de paiement...". Ce texte traduit bien "l'obligation de sécurité" imposée aux émetteurs à raison des systèmes qu'ils offrent au public.

30. Comme dans le système belge, la notification est le point de départ du partage des responsabilités. Sauf en cas de "négligence extrême" ou de fraude, le client n'est plus responsable à partir du moment où il a avisé l'émetteur (ou une agence centrale) (art. 8.2°). Les pertes subies avant la notification sont à charge du titulaire contractant "jusqu'à un seuil équivalent à 150 écus par événement, sauf s'il a fait preuve d'une négligence extrême ou a agi frauduleusement." (art. 8.3).

31. Le système prévu présente quelques caractéristiques remarquables.

- La différence la plus notable avec le système belge est incontestablement la limitation de responsabilité dont bénéficie le titulaire avant notification de la perte ou du vol. Mais cette limitation "saute" en cas de négligence extrême ou de fraude.

En quoi consiste cette négligence extrême qui n'est pas définie dans la Recommandation ? Doit-elle être prouvée par l'émetteur ou peut-elle être présumée ?

Le cas le plus souvent évoqué est la violation par le titulaire de son obligation de prudence, qui lui impose notamment de ne pas inscrire le code confidentiel sur le moyen de paiement ou sur tout autre document l'accompagnant (art. 4. 1 c). La violation de cette obligation constitue certainement une négligence extrême. Celle-ci doit-elle être prouvée par l'émetteur ou peut-elle être présumée à partir du moment où le fonctionnement du système implique la connaissance du code secret par le tiers fraudeur ?

Si l'on adopte le second terme de l'alternative, la limitation de responsabilité pourrait s'avérer fort théorique. D'autres cas de négligence extrême sont envisageables par exemple une notification tardive (mais ici encore comment établir le moment à partir duquel le titulaire doit s'apercevoir de la perte ou du vol) ou encore une consultation tardive des extraits rendant possible l'aggravation du dommage (Quid d'un titulaire en vacances, à l'étranger ?)

- Après notification de la perte ou du vol⁵⁶, le titulaire contractant n'est plus responsable sauf, encore une fois, négligence extrême ou fraude (art. 8.2). Le jeu de cette dernière exception pourrait rendre la situation du titulaire plus désavantageuse que dans le système belge (antérieur).

⁵³ Pour une synthèse X. THUNIS et M. SCHAUSS, "Aspects juridiques ...", *o.c.*, p. 33 et s.

⁵⁴ Sur ces deux premiers points, Trib. comm. Liège 1984, *Dr. Inform.*, 1984/2, p. 298, Liège 22 février 1985, *Dr. Inform.* 1985/3, p. 28. Ces deux décisions ont généralement fait l'objet de réserves de la part de la doctrine belge qui prône un partage de responsabilité.

⁵⁵ En ce sens, J.P. Verviers 23 novembre 1984 et Trib. 1ère instance Verviers, 8 janvier 1986, *D.I.T.*, 1988/3, p. 58 et s. et note critique M. SCHAUSS.

⁵⁶ Et non pas à compter du moment où l'émetteur a pu prendre, dans un délai raisonnable, les mesures de prévention nécessaires.

Le principe établi par l'article 8.2 - libération immédiate du titulaire dès la notification - est difficile à concilier avec l'article 8.4 qui paraît n'imposer à l'émetteur qu'une obligation de moyen et non de résultat ⁵⁷.

Même s'il met tout en oeuvre, il se peut que l'émetteur ne parvienne pas à empêcher l'utilisation frauduleuse du moyen de paiement. Il faut du temps pour diffuser une opposition internationale, un cas de force majeure peut empêcher la mise en oeuvre des mesures de blocage⁵⁸. Qui va supporter les conséquences dommageables de la fraude entre le moment de la notification et le moment où une suite efficace a pu y être donnée par un émetteur normalement diligent et consciencieux ? Suivant la Recommandation, c'est en principe l'émetteur qui supporte le risque. Juridiquement, son obligation excède l'obligation de résultat et se rapproche d'une obligation de garantie ⁵⁹.

⁵⁷ R. TRINQUET, *o.c.*, p. 428.

⁵⁸ Sur ces deux exemples, E. MEYSMANS, *o.c.*, p. 48.

⁵⁹ Il est donc imposé à l'émetteur des moyens d'accès de mettre en place un système d'opposition permanent à effet (pratiquement) immédiat.

Titre II : La réglementation des cartes en droit belge

Introduction

32. En Belgique, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (Moniteur Belge, 9 juillet 1991) est la première intervention législative dans le domaine des cartes. Ainsi qu'on le verra, cette intervention est loin de régler l'ensemble des problèmes posés par les cartes. Avant cette loi, qui entre en vigueur à la date fixée par le Roi et au plus tard le 9 juillet 1992, les cartes ne faisaient l'objet d'aucune réglementation. Les règles de droit commun étaient d'application et la relation triangulaire entre l'émetteur de la carte, le commerçant et le titulaire de la carte était régie par les contrats passés entre eux⁶⁰. Ces contrats étant des contrats d'adhésion, c'était l'émetteur de la carte qui en déterminait le contenu.

La jurisprudence belge, assez rare en la matière, acceptait la réglementation conventionnelle en y apportant des compléments mineurs (cfr. supra).

La loi du 12 juin 1991 s'applique aux contrats de crédits à la consommation. La loi prévoit des dispositions générales applicables à toutes les formes de crédit et des dispositions spécifiques s'appliquant aux différentes formes de crédit identifiées spécifiquement : vente à tempérament (art. 40 - 46), crédit - bail (art. 47 - 54), prêt à tempérament (art. 55 - 56) et ouverture de crédit (art. 57 - 61).

La carte de crédit n'est pas considérée comme une forme de crédit spécifique. L'article 1 de la loi ne comporte d'ailleurs pas de définition de la "carte de crédit". Au demeurant, l'expression n'est pas utilisée dans la loi du 12 juin 1991.

C'est dans la section 4 du Chapitre IV, consacrée aux ouvertures de crédit, qu'est inséré l'article 61 qui traite spécifiquement de la répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre.

Sauf dans cet article 61, qui fera l'objet d'une analyse détaillée ci-après, l'expression "carte" n'est utilisée dans la loi que dans deux autres articles : l'article 1, 12°, définissant la notion d'ouverture de crédit et l'article 58, § 2, 6°, stipulant quand une offre concernant une ouverture de crédit doit indiquer les règles applicables en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre et le montant maximal à charge du consommateur.

33. Avant de procéder à l'examen de l'article 61 de la loi, il y a lieu de faire deux constatations. Primo, le législateur belge a réglementé un aspect des cartes dans une loi qui ne concerne pas en ordre principal cette matière, la loi du 12 juin 1991 s'appliquant aux crédits à la consommation. Ceci a amené plusieurs membres de la Commission du Sénat à proposer de supprimer l'article 61 dans le projet de loi⁶¹. Un amendement à cet effet a été rejeté⁶².

Secundo, dans la loi du 12 juin 1991 un seul aspect de la problématique des cartes est traité : la répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte. Contrairement à la Recommandation européenne du 17 novembre 1988, dont l'Annexe constitue une réglementation globale et générale des cartes, l'article 61 se limite à indiquer qui supportera les risques en cas d'usage abusif de la carte ou du titre de crédit.

Certes, la répartition des responsabilités en cas de perte ou de vol de la carte est un des points les plus importants et aussi les plus discutés. Mais il y a d'autres aspects aussi importants que la loi du 12 juin 1991 passe sous silence : formation et exécution du contrat, sécurité et confidentialité de la carte, irrévocabilité de l'ordre donné au moyen d'une carte, problèmes de concurrence et surtout régime de la preuve.

Analyse de l'article 61

34. "En cas de perte ou de vol de la carte ou du titre, visés à l'article 1er, 12°, le consommateur assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre, jusqu'au moment de la notification de la perte ou du vol, mais, sauf s'il a agi frauduleusement, seulement à concurrence des montants à déterminer par le Roi.

L'émetteur assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre après la notification de la perte ou du vol.

⁶⁰ J.C. GERMAIN, La carte de chèque et la carte de crédit, *Rev. banq.*, 1969, p. 329-345; E. WYMEERSCH, De kredietkaarten in België, *T.P.R.*, 1971, p. 645-704; H. BRAECKMANS, Betaal- en kredietverrichtingen in VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XIII, Handels- en Economisch Recht, Deel 1, Vol. B., p. 648-649; G.L. BALLON, F. DE LY, R.E. DE ROOY, *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen, Preadviezen van de Vereniging "Handelsrecht"*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, p. 8-9, p. 101-102.

⁶¹ *Ann. parl., Sén.*, 1989-1990, n° 916-2, p. 159-160.

⁶² *Ann. parl., Sén.*, 1989-1990, n° 916-2, p. 162-163, p. 170.

Lorsque le consommateur a fait preuve de négligence grave lors de la perte ou du vol de la carte ou du titre, le Roi fixe un plafond au moins cinq fois supérieur à celui visé au premier alinéa.

En cas de contrefaçon, l'émetteur de la carte ou du titre assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre."

Dans l'exposé des motifs et à l'occasion des travaux préparatoires, le Ministre des Affaires Economiques a, à plusieurs reprises, confirmé que le règlement concernant la responsabilité du titulaire et de l'émetteur, retenu dans la loi, correspond en grande partie à la Recommandation européenne du 17 novembre 1988⁶³.

L'examen détaillé ci-après mettra en lumière quelques points de divergences entre la réglementation belge et la réglementation européenne.

Dans son avis du 7 décembre 1989, le Conseil d'Etat signalait déjà que la terminologie du projet de loi relatif au crédit à la consommation s'écarte sur différents points de celle de la Recommandation européenne et proposait une autre formulation de l'article 61, proposition qui n'a pas été retenue par le législateur⁶⁴.

CHAPITRE I : CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 61

35. Quand l'article 61 fixe la répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre, de quelles cartes et de quels titres s'agit-il ?

Les règles de l'article 61 sont-elles d'application exclusivement en cas de perte ou de vol d'une carte de crédit ? Ou s'appliquent-elles aussi en cas de perte d'une carte de débit ? La carte de garantie de chèque est-elle aussi visée par l'article 61 ?

Avant de répondre à ces questions, un bref rappel des différents types de cartes actuellement en circulation s'avère nécessaire.

A. Typologie des cartes

36. Les différents types de cartes peuvent être classés, fonctionnellement, en trois catégories⁶⁵ : la carte de garantie, la carte de crédit et la carte de débit.

La carte de garantie, dénommée aussi carte de chèque, est un instrument d'identification qui, présenté en même temps qu'un chèque, garantit le paiement du chèque à son porteur, même en l'absence de provision, à concurrence d'un certain plafond et dans certaines conditions⁶⁶.

La carte de débit est un instrument d'identification et un moyen d'accès à un guichet automatique (distributeur automatique de billets, terminal point de vente) permettant au titulaire de procéder à des opérations bancaires de retrait ou de transfert, à l'aide d'un numéro confidentiel et non par l'intermédiaire d'un compte lié⁶⁷.

La carte de crédit permet au porteur de payer des biens et services avec un certain décalage dans le temps. Parmi les cartes de crédit, on distingue la carte accreditive de la carte de crédit sensu stricto : la carte accreditive permet au titulaire d'acquiescer des biens et des services dans certains points de vente prédéterminés, de faire porter les achats au débit d'un compte que lui ouvre l'émetteur de la carte et d'apurer ce compte après qu'un relevé de ses dépenses ait été adressé. Il y a donc un certain décalage entre le moment de l'opération commerciale et l'apurement du compte, décalage inhérent au fonctionnement même du système.

La carte accreditive est parfois dénommée "charge card", "carte à débit différé", "carte de fin de mois"⁶⁸. Ces cartes peuvent également être émises par le distributeur lui-même, on les appelle alors "cartes privatives"⁶⁹.

La carte de crédit sensu stricto suppose que son porteur puisse effectuer le remboursement de ses dettes de manière échelonnée, dans les limites d'un découvert préalablement déterminé, convenu avec l'émetteur⁷⁰.

37. En Belgique, la carte de crédit n'est bien souvent qu'accréditive, en ce sens que le crédit accordé résulte plus des délais nécessaires à la circulation des documents que de la volonté réelle des parties⁷¹.

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Anvers a eu à se prononcer sur la nature juridique d'une carte de crédit, en l'espèce Eurocard⁷².

⁶³ Exposé des motifs, Doc. parl., Sén., 1989-1990, n° 916-1, p. 36-37. Ann. parl., Sén., 1989-1990, n° 916-2, p. 162.

⁶⁴ Doc. parl., Sén., 1989-1990, n° 916-1, p. 202.

⁶⁵ X. THUNIS, et M. SCHAUS, "Aspects juridiques du paiement par carte", Cahiers du CRID, Story-Scientia, 1988, n° 1, p. 7-13 ; J.P. BUYLE, La carte de paiement électronique, dans "La Banque dans la vie quotidienne", Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1985, p. 452-454.

⁶⁶ E. WYMEERSCH, "De chequekaart in België, Juridische aspecten", T.P.R., 1970, p. 265-294.

⁶⁷ D. SYX, Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds, Kredietbank, 1982 ; Y. POULLET et X. THUNIS, "Réflexions sur le mouvement électronique de fonds", in La Télématicque, Gand, Story-Scientia, 1985, p. 258 ; L. WITTERS, "Mister Bank en Cash-contact", IUS, n° 4, Kluwer, 1982, p. 68-70, n° 83-86.

⁶⁸ E. WYMEERSCH, o.c., p. 649.

⁶⁹ DEVROE, MUYLDERMANS, ROTTY, 't JONCK et VAN SOEST, Opmars van de "plastic cards" Analyse van de koperskaarten in België, Jura Falconis, 1981-1982, p. 167-203.

⁷⁰ J.P. BUYLE, o.c., p. 452.

⁷¹ J.P. BUYLE, o.c., p. 453.

⁷² Anvers, 22 février 1989, R.W., 1989-1990, p. 126.

La Cour constate qu'Eurocard peut débiter immédiatement et automatiquement le compte du titulaire de la carte ou son compte bancaire, par le biais d'un avis préalable de domiciliation. Aucun intérêt n'est prélevé au client pour la période entre le moment où il a signé l'ordre de paiement et le moment où son compte est débité. Eurocard ne doit pas être qualifiée de carte de crédit. C'est la fonction de paiement qui est dominante, le crédit résultant plutôt de délais inhérents au système que de la volonté des parties⁷³.

La pratique actuelle montre une tendance nette à la déspecialisation des cartes. Beaucoup de cartes sont devenues multi-fonctionnelles : les cartes de garantie permettent souvent à leur titulaire de jouir d'un certain crédit et permettent également l'accès à des distributeurs automatiques, ces mêmes distributeurs sont par ailleurs ouverts à certaines cartes de crédits⁷⁴.

B. Quelles sont les cartes visées par l'article 61 ?

38. Nous avons déjà remarqué que l'article 61 fait partie de la section 4 de la loi consacrée aux ouvertures de crédit. Aussi, cet article fait-il référence à l'article 1, 12° de la loi, qui définit la notion d'ouverture de crédit.

Il nous paraît clair et hors de discussion que l'applicabilité de l'article 61 requiert un lien, une relation étroite entre la carte et l'ouverture de crédit. A défaut de ce lien, de cette relation, l'article 61 ne sera pas d'application.

Une première distinction s'impose ; il y a deux catégories de cartes : celles qui présentent un lien avec une ouverture de crédit et celles qui ne présentent aucun lien avec une ouverture de crédit.

L'article 61 ne trouve d'application que pour la première catégorie de cartes et opère ainsi une discrimination qui paraît injustifiée entre les différents titulaires de carte. Selon que la carte est liée à une ouverture de crédit ou non, les risques à charge du titulaire en cas de perte ou de vol seront ou non limités. Les risques d'usage abusif sont pourtant les mêmes pour les deux catégories de cartes.

Encore faut-il qualifier la nature du lien, de la relation carte - ouverture de crédit. L'examen de la qualification de ce lien, montre qu'il y a une nette contradiction entre les textes de la loi d'une part et l'intention du législateur telle qu'elle résulte des travaux préparatoires d'autre part.

Deux interprétations différentes peuvent être envisagées :

1. On peut soutenir que l'article 61 ne vise que les "vraies" cartes de crédit, c'est-à-dire les cartes qui donnent automatiquement droit à un crédit (première interprétation).
2. On peut aussi soutenir que l'article 61 vise toutes les cartes à l'aide desquelles on peut disposer d'un crédit (deuxième interprétation).

Première interprétation : sont visées par l'article 61, les cartes (de crédit, débit, garantie) qui automatiquement donnent droit à une ouverture de crédit

39. Au cours des travaux préparatoires, il est fait allusion - à plusieurs reprises - au fait que seules les cartes qui engendrent, par elles-mêmes, une ligne de crédit sont visées. Nous citons trois exemples :

" En ce qui concerne les cartes de crédit et de paiement, le projet de loi prévoit un certain nombre de règles particulières relatives aux ouvertures de crédit. Ainsi est notamment réglée la responsabilité entre le titulaire de la carte et l'émetteur en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre.

Il faut tout d'abord remarquer que le règlement prévu dans le projet de loi n'est pas seulement d'application pour les cartes de crédit sensu stricto (Visa - Eurocard - American Express) qui offrent la possibilité de rembourser en paiements étalés au moment de la facturation. Ce règlement peut en outre s'appliquer aux cartes de paiement (Mister Cash - Bancontact) lorsqu'elles permettent d'être "en rouge" et donc lorsqu'elles sont utilisées non seulement comme moyen de paiement mais également comme moyen de crédit. La carte de garantie des chèques pour laquelle un crédit de plus de 50.000,- francs est accordé, tombera aussi sous l'application de cet article (Rapport de la Commission de l'économie et de la politique scientifique, *Ann. Parl.*, Ch. Repr., 1990-91, n° 1491/5, p. 28). "

" Un membre voudrait savoir si la notion de carte, dont il est question, couvre aussi les cartes de garantie de chèques. Le Ministre des Affaires économiques répond par l'affirmative, à

⁷³ A juste titre, J.P. BUYLE remarque que l'argumentation de la Cour d'Appel d'Anvers ne résiste toutefois pas à l'analyse dans l'hypothèse où le client a choisi l'option de remboursement en paiements échelonnés (*Le contentieux des cartes*, J.P. BUYLE, Journée d'études organisée par les Services Interbancaires, le 12 octobre 1989).

⁷⁴ P. VAN BECKHAUTE, "Plastic Money, De consument en zijn kaart", *Rev. banque*, 1990, nr. 3, p. 141-142 ; COOREMAN, "Plastic Money, L'avenir des cartes de paiement en Belgique", *Rev. banque*, 1990, nr. 3, p. 131-133 ; BERGER, H., "Les cartes de paiement et de crédit", *Rev. banque*, 1987, p. 53.

condition que ces cartes permettent l'obtention d'un crédit visé à l'article 1er (Rapport de la Commission de l'économie, Ann. Parl., Sén. 1989-90, n° 916-2, p. 165-166).

" Certaines cartes permettent le paiement électronique et le retrait d'espèces (Mister Cash - Bancontact) ; lorsqu'elles n'autorisent à elles seules aucun découvert bancaire on doit les considérer comme des cartes de paiement et non comme des instruments de crédit (Déclaration du Ministre de Affaires Economiques, Rapport de la Commission de l'économie, Ann. Parl., Sén. 1989-90, n° 916-2, p. 45).

40. En vertu de cette interprétation, trois éléments sont nécessaires pour que l'article 61 soit d'application :

1° une carte ; toutes les cartes sont prises en considération : carte de débit, carte de crédit et carte de garantie. Notons à propos de la carte de garantie de chèque, qu'elle est explicitement exclue du champ d'application de la Recommandation européenne.

Remarquons aussi que l'usage abusif de cartes de garantie de chèques va nécessairement de pair avec l'émission de chèques, soumis aux articles 35 et 35 bis de la loi du 1 mars 1961.

2° une carte qui donne droit à un crédit : le crédit est lié à la carte en ce sens qu'il y a un crédit automatique engendré par la carte. La carte à elle seule suffit pour accorder au titulaire un crédit.

Cela impliquerait qu'au cas où le crédit et la carte font l'objet de procédures d'octroi séparées ou de contrats séparés, l'automatisme nécessaire manque et la carte délivrée n'entre pas dans le champ d'application de l'article 61.

Le seul droit au crédit suffit, l'utilisation effective du crédit n'est nullement requise.

3° l'ouverture de crédit engendrée par la carte doit répondre à toutes les conditions imposées par la loi relative au crédit à la consommation. Il ne suffit pas que la carte donne droit à un crédit ; il est requis que ce crédit soit un crédit à la consommation, tel que défini par la loi du 12 juin 1991.

Le champ d'application de la loi du 12 juin 1991 est très large : la loi vise toutes les formes de crédits octroyées par un prêteur à un consommateur.

Toutefois elle exclut de son champ d'application une série de contrats déterminés conformément aux exceptions prévues par la directive CEE du 22 décembre 1986 relative à l'harmonisation des dispositions législatives des Etats membres en matière de crédit à la consommation. Il s'agit des crédits à court terme ou des crédits portant sur des montants très peu élevés⁷⁵.

Sont ainsi exclus de l'application de la loi :

- les contrats de crédit en vertu desquels le consommateur est tenu de rembourser le crédit dans un délai ne dépassant pas trois mois, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une ouverture de crédit (art. 3, § 1er, 3°) ;
- les ouvertures de crédit remboursables dans un délai ne dépassant pas trois mois et portant sur un montant inférieur à 50.000,- francs. (art. 3, § 1er, 4°)⁷⁶.

Dans l'exposé des motifs il est précisé que "cette disposition exclut notamment du champ d'application de la loi les cartes accreditives qui prévoient uniquement un paiement en fin de mois sans possibilité de remboursement échelonné"⁷⁷.

L'octroi de simples délais de paiement - inférieurs à trois mois - n'est pas considéré comme un crédit à la consommation et est exclu du champ d'application de la loi⁷⁸.

La loi confirme ainsi la distinction à faire entre la carte accreditive et la carte de crédit stricto sensu : la première est considérée comme un instrument de paiement et non comme un instrument de crédit⁷⁹.

La notion d'ouverture de crédit connaît d'autres limites. La loi du 12 juin 1991 s'applique aux crédits à la consommation, c'est-à-dire aux contrats de crédit conclus avec un consommateur (article 2). Ce dernier est défini comme étant "toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente loi, agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à ses activités commerciales, professionnelles ou artisanales" (art. 1, 1°).

Une ouverture de crédit octroyée à une personne morale ou à un commerçant, ne peut être considérée comme un crédit à la consommation et la carte éventuellement liée à une telle ouverture de crédit (carte d'entreprise) est exclue du champ d'application de l'article 61⁸⁰.

41. En résumé: si l'on suit l'interprétation développée ci-dessus, le champ d'application de l'article 61 est très restreint et le nombre de titulaires de cartes qui peuvent bénéficier de la limitation des risques prévue par cet article est très limité.

⁷⁵ Ann. Parl., Sén., 1989-90, n° 916-2, p. 4.

⁷⁶ Le Roi peut augmenter ce montant.

⁷⁷ Exposé des motifs, Doc. Parl., Sén., 1989-90, n° 916-1, p. 9.

⁷⁸ Cf. Directive CEE du 22 décembre 1986, article 2, 1d.

⁷⁹ Ann. Parl., Sénat, 1989-90, n° 916-2, p. 45.

⁸⁰ Bruxelles, 26 novembre 1987, J.T., 1988, p. 734.

En effet:

- la carte de débit est exclue du champ d'application parce qu'en Belgique elle ne donne jamais droit à un crédit automatique;
- la carte accréditive n'est pas non plus visée parce que le délai de paiement résultant de l'usage de la carte n'est pas considéré comme un crédit ; or nous avons déjà remarqué qu'en Belgique la majorité des cartes de crédit sont des cartes accréditives (cfr. supra);
- la carte de crédit stricto sensu et la carte de garantie de chèques ne sont visées que si le crédit lié à la carte est soit remboursable dans un délai dépassant 3 mois, ou s'il porte sur un montant de 50.000,- francs ou plus.

Deuxième interprétation : sont visées par l'article 61, les cartes (de crédit, débit, garantie) au moyen desquelles un titulaire peut disposer d'une ouverture de crédit

42. Dans la première interprétation, la carte est l'instrument qui déclenche une ouverture de crédit. Dans l'interprétation développée ci-après, le point de départ est l'ouverture de crédit : si l'on peut disposer de ce crédit au moyen d'une carte - qui sert d'instrument de paiement et non d'instrument de crédit - la carte tombera dans le champ d'application de l'article 61. On peut donc admettre que sont visées les cartes permettant de mobiliser une ouverture de crédit consentie dans un contrat séparé.

Si l'on se limite aux textes légaux, cette interprétation doit l'emporter. En effet, l'article 61 mentionne la carte visée à l'article 1er, 12°. Cet article définit l'ouverture de crédit comme suit : "tout contrat de crédit aux termes duquel un pouvoir d'achat, une somme d'argent ou tout autre moyen de paiement est mis à la disposition du consommateur qui peut l'utiliser en prélevant de l'argent - au moyen d'une carte de paiement ou de légitimation ou d'une autre manière - et qui est tenu au remboursement à la date de son choix".

La carte visée à l'article 1, 12° à laquelle l'article 61 fait référence n'est donc nullement une carte qui confère au titulaire un crédit quelconque mais un simple instrument qui permet d'utiliser une ouverture de crédit.

L'article 1, 12° n'utilise même pas l'expression "carte de crédit"; bien au contraire, il fait mention de "carte de paiement ou de légitimation".

La même terminologie est utilisée dans l'article 58, § 2, 6° de la loi.

Selon cette disposition, l'offre concernant une ouverture de crédit doit indiquer, parmi d'autres mentions obligatoires, les règles applicables en cas de perte ou de vol de la carte ou du titre "si l'on peut disposer du crédit au moyen d'une carte ou d'un titre".

43. Selon cette interprétation, trois éléments sont requis pour l'application de l'article 61 :

- une ouverture de crédit qui répond aux conditions de la loi du 12 juin 1991. Nous renvoyons le lecteur aux commentaires ci-dessus. N'entrent donc pas en compte, les ouvertures de crédit remboursables dans un délai de maximum 3 mois et d'un montant inférieur à 50.000,- francs.
- une carte : toutes les cartes entrent en compte : carte de débit, carte de crédit, carte de garantie de chèques, cette dernière étant, répétons-le, exclue du champ d'application de la directive européenne.
- la carte permet l'utilisation, la disposition de l'ouverture du crédit. La seule possibilité de disposer du crédit suffit, l'utilisation effective du crédit au moyen de la carte n'est nullement requise.

Contrairement à la première interprétation, l'ouverture de crédit et l'octroi de la carte peuvent faire l'objet de contrats séparés.

Il est tout à fait possible que l'ouverture de crédit soit accordée par une personne et la carte par une autre. Nous pensons que dans ce cas le lien nécessaire entre l'ouverture de crédit et la carte fait défaut.

Il y aurait donc lieu à notre avis d'ajouter un quatrième élément : celui qui consent l'ouverture de crédit et l'émetteur de la carte doivent être la même personne.

Résumé

44. Les conséquences de cette interprétation sont complètement différentes de celles de la première interprétation.

Entrent dans le champ d'application de l'article 61, toutes les cartes de débit, de garantie, de crédit (même accréditives) qui permettent de disposer d'une ouverture de crédit, si ce crédit est régi par la loi relative au crédit à la consommation. C'est sans doute à la lumière de cette constatation que l'on doit comprendre le reproche de Monsieur Hatry, lorsqu'il a déclaré au Sénat que "le projet de loi est trop ambitieux, il couvre toutes les formes de crédit à la consommation ; les cartes de débit entraînant un débit immédiat et automatique du compte du consommateur sont insérées dans la loi alors qu'il s'agit d'un simple instrument de paiement et non d'un instrument de crédit." ⁸¹.

C. Quels sont les titres visés ?

45. L'article 61 ne vise pas seulement la carte, mais aussi la perte ou le vol d'un titre.

Dans les travaux préparatoires il n'est nulle part fait allusion à la perte ou au vol d'un titre. Selon l'article 61, il s'agit du titre visé à l'article 1, 12° ; or dans cet article le mot "titre" n'est même pas mentionné ...

En quoi consiste ce titre ?

Nous ignorons la réponse et il serait utile que l'Arrêté royal d'exécution de l'article 61 fournisse à ce sujet les explications nécessaires.

La notion de titre est extrêmement large (coupons, actions ...) et ne permet pas, sur base du seul texte de la loi, d'exclure les chèques ou les formules de chèques.

En cas de perte ou de vol de formules de chèques, le titulaire peut-il se prévaloir de l'article 61 ?

Nous pensons que l'inclusion de chèques dans l'article 61 est inacceptable parce qu'elle aurait pour effet de créer deux catégories de titulaires, ceux qui sont soumis aux rigueurs de l'article 35 bis de la loi du 1 mars 1961 et ceux qui bénéficient des faveurs de l'article 61 de la loi du 12 juin 1991.

CHAPITRE II : RÉPARTITION DES RISQUES EN CAS DE PERTE OU DE VOL DE LA CARTE OU DU TITRE

A. Introduction

46. A juste titre, le législateur belge a supprimé la notion de "responsabilité", qui apparaissait dans la version originale de l'article 61 et l'a remplacée par la notion de "risques" ⁸².

En effet, il ne s'agit en aucune manière d'un problème de responsabilité : on est responsable lorsque l'on commet un dommage par sa faute. En l'espèce, ce n'est pas une question de responsabilité qui se pose, mais bien un problème de risque : il s'agit simplement de savoir qui supportera les conséquences dommageables d'une perte ou d'un vol.

La répartition des risques en cas de perte ou de vol de la carte est conçue de façon classique : à partir du moment où le titulaire de la carte a notifié à l'émetteur la perte ou le vol de la carte, les risques se déplacent du titulaire vers l'émetteur.

La notification est un élément essentiel dans ce système puisqu'elle fait basculer la charge des risques.

Elle n'est cependant abordée que de manière très succincte dans l'article 61.

Contrairement à la Recommandation européenne, cet article n'oblige pas explicitement l'émetteur à instaurer un système permanent qui permet la notification de la perte ou du vol de la carte ⁸³. L'article 61 n'oblige pas non plus le titulaire de la carte à prévenir immédiatement l'émetteur en cas de perte ou de vol ⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, la notification est le point de départ du partage des risques : il faut distinguer le risque résultant de l'usage abusif avant la notification et le risque résultant de l'usage abusif après la notification de la perte ou du vol de la carte ou du titre.

⁸¹ *Ann. Parl., Sén.,* séance du 13 février 1991, *Compte rendu analytique*, p. 391.

⁸² *Ann. Parl., Sén.,* 1989-1990, n° 916-2, p. 160, 163 et 170.

⁸³ Article 8.1 de la Recommandation. Mais la jurisprudence belge considère "qu'en mettant sur pied un système qui se trouve complètement bloqué au niveau de la sécurité pendant les week-ends, (la Régie des Postes) a commis une faute" (Justice de Paix, 2ième canton, Verviers, 23 novembre 1984, confirmé par le Trib. Prem. Inst. Verviers, 8 janvier 1986, *D.I.T.*, 1988, p. 58 et s. et note critique de M. SCHAUSS); cfr. aussi notre exposé supra.

⁸⁴ Article 4.1 de la Recommandation.

B. Avant notification de la perte ou du vol

47. Sur base de l'article 61, on peut distinguer trois hypothèses :

- en cas de négligence ordinaire, les pertes subies avant la notification sont à charge du titulaire mais seulement à concurrence d'un montant à déterminer par le Roi. Lors de la discussion du projet en commission de Sénat, le Ministre des Affaires Economiques a déclaré que le montant repris dans la Recommandation (150 ECU) pourrait servir de base pour la fixation de la responsabilité maximale du consommateur avant la notification⁸⁵.

Converti en francs belges, le risque maximal à charge du titulaire serait donc limité à ± 6.500,- FB. Par comparaison : au Danemark⁸⁶, ce montant est fixé à 1.000 D. kr. (= ± 5.500 FB), en France à 600 FF (= ± 3.600 FB), aux Pays-Bas⁸⁷ à 350 Fl. (= ± 7.000 FB) et au Royaume-Uni⁸⁸ à 50 £ (= ± 3.000 FB).

Cette limitation de risque dont bénéficie le titulaire avant notification de la perte ou du vol est sans doute l'élément le plus novateur par rapport à la situation antérieure à la loi du 12 juin 1991 (cfr. supra).

- contrairement au système prévu dans la Recommandation européenne où la fraude et la négligence "extrême" sont traitées de façon identique, puisqu'elles mettent toutes deux les risques à charge du titulaire, l'article 61 prévoit aussi une limitation du risque à charge du titulaire en cas de négligence grave.

Dans ce cas, le titulaire assume les risques résultant de l'usage abusif de la carte jusqu'au moment de la notification, mais seulement à concurrence d'un montant à fixer par le Roi. Ce montant doit être au moins cinq fois supérieur à celui fixé en cas de négligence ordinaire. En cas de négligence grave, le titulaire "supportera donc le risque à concurrence d'un montant minimum de 32.500,- francs (= 6.500 x 5) et à concurrence d'un maximum, à fixer par le Roi qui "tiendra compte des modalités contractuelles en vigueur (montant autorisé pour les transactions par exemple)"⁸⁹. Le montant maximum pourra par exemple être fixé à un pourcentage du crédit (p. ex. 60 %) mis à disposition du titulaire de la carte. Si l'ouverture de crédit est de 100.000,- francs, le

montant maximum à charge du titulaire en cas de négligence grave serait alors de 60.000,- francs.

A notre connaissance, le risque en cas de négligence grave n'est limité en faveur du consommateur que dans une seule autre législation, celle du Danemark où la limite est fixée à 5.000 couronnes danoises (± 15.000,- FB)⁹⁰.

La déclaration faite en Commission de la Chambre "qu'il a été tenu compte de la Recommandation européenne parce que le titulaire qui a fait preuve de grande négligence en cas de perte ou de vol ne peut être rendu responsable de façon illimitée"⁹¹ n'est pas correcte : suivant l'article 8 de la Recommandation, la limitation du risque à 150 ECU saute en cas de négligence extrême (cfr. supra).

- en cas de fraude, le titulaire supporte le risque intégral des opérations effectuées avec la carte (solution identique à celle retenue par la Recommandation européenne).

48. On le constate, la réglementation belge est assez compliquée et la distinction entre les différentes hypothèses risque d'être bien difficile :

- la loi ne précise rien en ce qui concerne la charge de la preuve ; selon les règles de droit commun, il incombe donc à l'émetteur d'apporter la preuve de la fraude ou de la négligence grave s'il entend faire supporter par le titulaire un montant supérieur à 6.500,- francs.

La distinction instaurée par la loi entre la fraude et la négligence grave risque de s'avérer tout à fait théorique parce qu'il paraît quasiment impossible d'apporter la preuve que l'usage abusif résulte d'un cas de fraude et non de la négligence grave du titulaire.

- en quoi consiste la négligence ordinaire et en quoi consiste la négligence grave ?

Dans les travaux parlementaires, un seul exemple de négligence grave est cité : l'oubli de la carte⁹².

Est-il permis de préciser dans le contrat entre émetteur et titulaire, quels sont les comportements relevant de la négligence ordinaire et ceux relevant de la négligence grave ?

- les montants à charge du titulaire de la carte en cas de négligence ordinaire et négligence grave, qui seront fixés par Arrêté royal, sont des montants maxima. Conformément à l'article 4 de la loi du 12 juin, les dispositions contractuelles peuvent toujours fixer un montant moins élevé⁹³.

⁸⁵ *Ann. Parl.*, Sénat, 1989-1990, n° 916-2, p. 169.

⁸⁶ Danish Payment Cards Act of 1984, article 21 (2) Statutory Instrument, nr. 630, 14 décembre 1984, s. 4(1).

⁸⁷ Voorwaarden gebruik geld- en betaalautomaten (mars 1989), art. 6.2 b.

⁸⁸ Draft Code on Banking Practice (décembre 1990), art. 21.3.

⁸⁹ *Doc. Parl.*, Sén., 1989-90, n° 916-2, p. 163.

⁹⁰ Danish Payment Cards Act of 1984, art. 21 (2) ; Statutory Instrument, n° 630, 14 décembre 1984, art. s.4 (2).

⁹¹ *Ann. Parl.*, Ch. Repr., 1990-91, n° 1491/5, p. 28.

⁹² *Ann. Parl.*, Sén., 1989-90, n° 916-2, p. 163.

⁹³ Article 4 de la loi du 12 juin 1991 : "... toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et des arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des consommateurs ou à aggraver leurs obligations".

C. Après notification de la perte ou du vol

49. L'émetteur assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre après la notification de la perte ou du vol.

Dans la Recommandation du 17 novembre 1988 le même principe est retenu, mais la responsabilité de l'émetteur souffre exception en cas de fraude ou négligence extrême du titulaire⁹⁴. Cette exception n'est pas prévue dans l'article 61. Le législateur belge a donc confirmé la position adoptée par la jurisprudence belge qui considère que l'obligation de prévention de la banque est une obligation de résultat et que la banque a l'entière responsabilité des retraits frauduleux après l'opposition du client même si celui-ci a auparavant commis une faute ou une négligence (grave), telle que la divulgation du code secret à une tierce personne⁹⁵.

Faut-il en déduire que la négligence grave ou la fraude du titulaire de la carte avant notification sont sans incidence sur la répartition des risques après la notification de la perte ou du vol ?

La réponse est sans doute affirmative en ce qui concerne la négligence grave ; en cas de fraude nous pensons que la responsabilité de l'émetteur - même après notification - peut être dégagée en application de la règle de droit commun "fraus omnia corrumpit".

Encore faut-il prouver la fraude.

D. Contrefaçon de la carte ou du titre

50. En cas de contrefaçon, l'émetteur de la carte ou du titre assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre.

La Recommandation européenne ne prévoit rien à cet égard.

La responsabilité de l'émetteur en cas de contrefaçon est générale et illimitée : il assume le risque avant et après la notification.

Ici aussi nous croyons qu'il y a lieu, éventuellement, de faire application du principe général "fraus omnia corrumpit" dans l'hypothèse où la contrefaçon est le fait du consommateur lui-même.

E. La notion d'émetteur

51. Le risque est assumé par l'émetteur de la carte. Qui est-ce ?

La situation est assez claire en ce qui concerne la carte de débit et la carte de garantie de chèque : la banque qui a octroyé la carte, doit être considérée comme l'émetteur de la carte.

En matière de carte de crédit, il y a, outre la banque et le titulaire de la carte, intervention de la société de cartes de crédit.

Cette dernière n'est toutefois pas à considérer comme émetteur de la carte parce que son intervention est limitée à la gestion technique et financière des cartes de crédit.

Si la décision d'octroyer une carte appartient à la banque, qui seule souscrit le contrat avec le titulaire, c'est elle qui doit être considérée comme émetteur de la carte et c'est elle qui assume le risque résultant de l'usage abusif de la carte ou du titre.

CONCLUSIONS

52. On peut relever des différences significatives entre la Recommandation européenne du 17 novembre 1988 et la loi belge du 12 juin 1991.

- Alors que le critère retenu par la Recommandation est le paiement, ce qui évite des distinctions difficiles entre les cartes de débit, de crédit ou accréditives, la loi belge sur le crédit à la consommation adopte un critère beaucoup plus délicat à appliquer : celui du lien que la carte entretient avec une ouverture de crédit consentie par ailleurs.

La philosophie des deux législations est profondément différente, la loi belge ayant pour effet, ainsi qu'on l'a vu, de créer des discriminations entre titulaires de carte suivant l'existence et l'importance (durée et montant) du crédit consenti par l'émetteur.

Il est un domaine où le champ d'application de la loi belge est plus large que celui de la Recommandation : celui des cartes de garantie de chèques pour autant qu'elles soient liées à une ouverture de crédit couverte par la loi (cfr. supra).

⁹⁴ Article 8.2 de la Recommandation.

⁹⁵ Trib. comm. Liège, 1984, *Dr. inform.*, 1984/2, p. 298, Liège, 22 février 1984, *Dr. Inform.*, 1985/3, p. 28

Ceci pose des problèmes dans la mesure où l'usage abusif d'une carte de garantie suppose nécessairement l'émission de chèques qui sont, en Belgique, régis par la loi du 1er mars 1961 instaurant dans ses articles 35 et 35 bis un régime de responsabilité beaucoup moins favorable au titulaire. Même si, pensons-nous, la loi de 1991 ne s'applique pas aux risques d'usage abusif nés de la perte ou du vol de formules de chèques, on aurait aimé que des dispositions plus claires (cfr. la notion très large de titre) permettent de trancher explicitement la question.

- En ce qui concerne la répartition des risques nés de l'usage abusif des cartes, le système instauré par la loi belge présente certaines différences sensibles avec celui de la Recommandation. On y trouve en effet une distinction entre trois hypothèses, trois comportements possibles du titulaire : la fraude, la négligence ordinaire, la négligence grave. Dans ce dernier cas, la loi belge prévoit en faveur du titulaire une limitation des risques inconnue dans la Recommandation européenne.

53. Sur un plan plus général et théorique, il semble qu'une évolution fondamentale soit en train de se produire.

En matière de paiement automatisé et singulièrement en matière de paiement par carte, l'approche fondée sur la faute (répartissant les pertes en fonction du lien de causalité que celles-ci entretiennent avec les fautes respectives de l'émetteur et du titulaire) paraît bien s'estomper quelque peu.

Déjà en matière de chèques, le législateur belge a, dans la loi du 1er mars 1961, rompu pour une grande part sinon totalement avec le concept de faute en faisant supporter par le titulaire les risques liés à l'utilisation abusive du chèque, sauf fraude ou faute lourde du banquier (cfr. art. 35 et 35 bis de la loi). On considère généralement qu'une telle solution se fonde sur le risque créé par le titulaire qui pourrait, mieux que le banquier, en empêcher la réalisation. Avec la Recommandation européenne de 1988 et la loi belge de 1991, une évolution fondamentale se produit.

La "responsabilité" du titulaire avant opposition est limitée et la "responsabilité" de principe incombe à l'émetteur parce qu'il est le plus apte non pas nécessairement à empêcher la réalisation du dommage mais à absorber, en les répartissant, les conséquences financières de celui-ci.

C'est non pas le fondement de la maîtrise du risque créé mais celui du "risque profit" qui explique le mieux pareille solution.

Est-ce la fin de la faute ? Sans doute pas. Que s'impose le risque créé ou le risque profit ou une combinaison des deux, la faute réapparaît avec peut-être un caractère moral accru dans la mesure où un comportement inacceptable d'une des parties aboutit à une suppression ou à une augmentation des plafonds de responsabilité fixés en sa faveur.